

O PÓS-POSITIVISMO: conceituação através de uma breve pesquisa bibliográfica

NUNES, José Manoel Goes*; MADOGGIO, Mariana Carvalho** e SEROTINI, André***

1. INTRODUÇÃO

A Sociedade e as relações humanas estão em contínua evolução e, como consequência, também o Direito busca refletir esta evolução. Em meados do Século XX surge um movimento, denominado Pós-positivismo, que pretendendo reaproximar o Direito de princípios éticos e morais buscou superar dificuldades trazidas pelo Positivismo jurídico, então dominante, e que serviu de suporte a regimes autoritários, como o fascismo e nazismo, que cometeram atrocidades “em nome da lei”.

2. O SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO E SEUS CONCEITOS

O Positivismo era a doutrina predominante até a 2ª Guerra Mundial e a ascensão de modelos de governo autoritários como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, fortemente baseados em um legalismo acrítico, em que se procurava funcionalizar o direito às conveniências do poder, transformando em lei interesses de ordem política, nem sempre éticos ou morais. Sabe-se que no Tribunal de Nuremberg, muito algozes nazistas se defendiam alegando que simplesmente estavam cumprindo ordens e a lei.

Gemignani (2007-A) ensina que

(...) superando os extremos das concepções jusnaturalista e positivista, a intensificação dos conflitos sociais como causa e resultado de duas guerras mundiais levou a elaboração de um novo modelo político, o estado social, baseado na priorização da implementação de políticas públicas, trazendo para a seara jurídica questões de justiça distributiva, que antes permaneciam à margem, restritas aos debates sociológicos, econômicos e filosóficos, assim exponenciando que as normas jurídicas, calcadas no viés de justiça comutativa, se apresentavam insuficientes para oferecer respostas aos novos conflitos, inclusive os trabalhistas.

Este movimento, tornou-se conhecido como Pós-positivismo.

Nas palavras de Franco (2007):

O momento histórico posterior à 2ª guerra

mundial serviu para inspirar um novo movimento para reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursores de uma teoria dos direitos fundamentais. Aí surge o que se pode denominar de Pós-positivismo jurídico fundamentado, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e o retorno da discussão dos valores, com a reaproximação da ética do direito. É o constitucionalismo moderno que os alemães chamaram de virada kantiana, com a Constituição sendo encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável de valores jurídicos supra-positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central. Os princípios se prestam a condensar valores e dar unidade ao sistema, além de condicionar a atividade do intérprete. No Brasil despontam os princípios da razoabilidade, como meio de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, e o da dignidade da pessoa humana, identificado como um espaço de integridade moral a todas as pessoas pelo fato de simplesmente existirem, cujo núcleo seria o mínimo existencial. Ainda realça o acesso à justiça como elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e a efetivação dos direitos, podendo destacar a prestação jurisdicional efetiva como direito fundamental decorrente tanto da dignidade da pessoa humana como do próprio Estado Democrático de Direito.

Para este mesmo autor, baseado na opinião de Barroso (2001),

(...) o Póspositivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais.

Para Stephan (2007)

(..) a corrente de pensamento intitulada pós-positivista representa a superação dialética entre o positivismo e o jusnaturalismo. Com o Pós-positivismo, os princípios adquirem o *status* de

norma jurídica; desse modo, deixam de ser considerados como valores que se situam acima do direito positivo, como querem os jusnaturalistas, e também deixam de ser fonte meramente subsidiária de aplicação do direito, na visão positivista.

Para os positivistas, os princípios, quando não inseridos diretamente na lei, aparecem no cenário jurídico apenas para o preenchimento de certas lacunas normativas, desempenhando papel secundário na aplicação do Direito. Para Leite (2007), na ótica do positivismo legalista, os princípios

(...) decorriam da própria lei, por meio de um processo sucessivo de generalização a partir de regras específicas até o seu descobrimento na ordem interna. Parte-se da lei para os princípios e não dos princípios para a lei. Após esta fase, ingressa-se no Pós-positivismo, em que os princípios deixam de assumir aquela função secundária do positivismo e ostentam o traço essencial da normatividade, apresentando-se agora como verdadeiras normas jurídicas. Ademais, cumpre observar que, com a disseminação das constituições escritas, respaldando Estados Democráticos de Direito, os princípios emigram dos Códigos para os textos constitucionais, tornando-se princípios constitucionais. Em outras palavras, os princípios passam a ser positivados nas Cartas Políticas, ocupando lugar no trono normativo. Dessa maneira, sendo erigidos à estatura de princípios constitucionais, portanto, normas constitucionais de teor principiológico, servindo de alicerce para toda a ordem subsequente.

Ainda segundo este mesmo autor, os princípios são normas jurídicas dotados de cogência e imperatividade e sua aplicação não deve estar submetida a casuísmos, uma vez que representam a própria essência e substância da consciência jurídica de uma determinada coletividade e ainda

(...) assumem uma dimensão tríplice: fundamentadora, interpretativa e supletória. Dada sua função fundamentadora, os princípios gerais do direito deixam de ser simples normas subsidiárias, cuja aplicação dependa da eventual existência de lacunas na lei. São as principais normas da ordem jurídica, que guiarão todo o subsequente desenvolvimento legislativo e sua interpretação, isto é, são “superfontes” ou “fonte das fontes”. Com efeito, se são as normas fundamentais do sistema jurídico, a criação das outras deve se espelhar nelas como referência primordial e última. Por via de consequência, devem orientar o trabalho interpretativo na busca do sentido dos textos das normas do ordenamento jurídico.

Stephan (2007) observa que

(...) até o advento da teoria pós-positivista, a metodologia tradicional diferenciava princípios de normas, tratando-os como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos, e à luz da

nova doutrina, as normas, enquanto gênero, dividem-se em duas espécies: as regras e os princípios. A diferença, portanto, entre regras e princípios representa uma distinção entre normas baseada em diversos critérios. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. Já, o conflito entre princípios não conduz à extirpação de um deles do sistema. Admitem certo grau de compatibilidade mesmo se verificadas contradições em alguns pontos. Desse modo, se ocorrer conflito entre princípios, privilegia-se um deles, sem que o outro seja violado.

Neste mesmo sentido Cardoso (2010) esclarece que:

É de se supor a aproximação entre o reconhecimento da normatividade dos princípios e a aceitação da idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e eficácia. Esse reconhecimento de normatividade dado aos princípios e a distinção qualitativa em relação às regras é uma marca do Pós-positivismo. Assim, podemos afirmar que o ponto de vista daqueles que vêem o Direito como um sistema puramente de regras não é o bastante para explicar todas as dimensões do fenômeno normativo. Os princípios constitucionais traduzem os direitos do homem e os grandes princípios de justiça. Eles impõem ao legislador, aos magistrados, à administração pública e aos particulares, a aplicação do Direito de acordo com os valores por eles espelhados, pois são normas consagradoras de determinados valores ou apontam objetivos públicos que devem ser atingidos através do emprego de meios distintos. Como consequência lógica da imperatividade dos princípios, os conflitos entre dois ou mais princípios no estudo de determinados casos começaram a surgir, o que foi sendo encarado com certa naturalidade. Sempre que houver conflitos entre princípios, a divergência será solucionada de maneira absolutamente distinta daquela dada ao conflito entre regras. Quando há divergência entre as regras, esta ocorre no âmbito da validade, fazendo com que uma delas receba a chamada ‘cláusula de exceção’ visando eliminar o conflito, ou mesmo seja declarada inválida. Já no conflito entre princípios, haverá uma flexibilização, devendo um deles ceder em relação ao outro, somente na solução do caso em que se der o confronto. No que diz respeito aos princípios, o embate se dá no âmbito do peso. Valendo-nos uma vez mais dos ensinamentos de Luis Roberto Barroso (BARROSO, 2003), podemos afirmar que quando os princípios entram em tensão dialética, apontando direções divergentes, deve-se aplicá-los mediante ponderação. O intérprete deverá, mediante o caso concreto, verificar o peso que cada princípio desempenhará no evento, fazendo concessões recíprocas, preservando o máximo possível de cada um deles, sem que seja afastada por completa a aplicação de um deles.

Em Tovar (2010) tem-se que com o início do Pós-positivismo jurídico surge uma nova fase, a qual

(...) passou a atribuir maior importância não somente às leis, mas aos princípios do direito. E os princípios, analisados como espécies de normas, tinham, ao contrário das regras, ou leis, um campo maior de abrangência, pois se tratavam de preceitos que deveriam intervir nas demais normas, inferiores, para obter delas o real sentido e alcance. Tudo se ressalte, para garantir os direitos sociais do homem.

Baseado nas lições de Canotilho, Tovar (2010) traz ainda algumas diferenças entre os princípios e as regras:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentais de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Bonavides (2006) observa que

(...) a teoria dos princípios chega à presente fase do Pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito (...); a transposição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação da sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero normas; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Em Gemignani (2007-B) encontramos o ensinamento que

(...) os princípios detêm alto grau de generalidade, enquanto as regras tem nível baixo. É da natureza do princípio não ser determinado, porque não está referido nas especificidades concretas da realidade fática. As regras contêm determinação explícita

(...) e prossegue

(...) os princípios se apresentam como mandatos de otimização, que podem ser cumpridos de diferentes maneiras e, em diversos graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas. As regras só podem ser cumpridas de uma única maneira, exatamente como determinado.

3. O NOVO CONSTITUCIONALISMO

O Pós-positivismo é marcado pelo renascimento do Direito Constitucional mundo afora como bem esclarece Barroso (2007):

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o Pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de Pós-positivismo.

E continua:

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

4. PÓS-POSITIVISMO NO BRASIL

O Pós-positivismo também se faz presente no Brasil. Em nosso país,

(...) o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e,

por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito. Mais que isso: a Constituição de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso. Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela lei maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2007).

Ainda em relação ao Brasil, Moreira Neto (2010) também ressalta a chegada a nosso país do Pós-positivismo com a Constituição de 1988, a qual é orientada por valores expressos, explícita ou implicitamente, em inúmeros princípios balizadores, dentre os quais, destaca: a democracia (art. 1º, *caput*), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a livre iniciativa (art. 1º IV), o pluralismo político (art. 1º, V), a participação (art. 1º, § único), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e a integração latinoamericana (art. 4º, parágrafo único).

5. PÓS-POSITIVISMO NO DIREITO DO TRABALHO

A importância dos princípios, bem como sua constitucionalização, são verificados também na seara trabalhista.

Especificamente na área do Direito do Trabalho, Gemignani (2007-A) faz um alerta:

Num país marcado por profundas diferenças culturais, econômicas e sociais, a constitucionalização dos direitos trabalhistas representa inequívoco avanço institucional, ao erigir o trabalho como valor estruturante da república brasileira. É preciso ter presente a dimensão, o significado e a sua importância para promover a edificação de uma verdadeira nação brasileira, principalmente no momento em que algumas vozes começam a clamar pela instalação de uma nova Constituinte, ou pela reforma constitucional dos

direitos trabalhistas. Reduzi-los ao regramento infraconstitucional pode levar ao enfraquecimento dos marcos regulatórios e à intensificação da precarização. Com isso, perde o país, perde o cidadão, perde a nação. E os ganhadores, os mesmos de sempre.

Analisando a questão da possibilidade da penhora de salário para quitação de débitos trabalhistas, Giordani (2006) afirma que

(...) os princípios podem (*rectius*: devem) ser tidos em conta na magna hora em que se vai definir qual norma a que compete regular o caso concreto, no trabalho e na busca de se definir qual o direito deva prevalecer.

Este mesmo autor reafirma tais ideias em 2007 (GIORDANI, 2007).

De grande valor para um país como o Brasil, em formação e constante transformação,

Os direitos fundamentais apresentam-se como uma importante categoria jurídica no constitucionalismo do século XX, que se insere na fase denominada de Pós-positivismo. O movimento acredita na razão e no Direito como instrumento de mudanças sociais e busca, recorrendo aos princípios constitucionais e à racionalidade prática, catalizar as potencialidades emancipatórias da ordem jurídica. (BARROS, 2009).

Há de se destacar também que, em um país marcado pela ineficiência do Poder Legislativo em produzir leis que acompanhem a evolução das relações humanas, agiganta-se a importância do poder normativo dos princípios e, conseqüentemente, a Teoria do Pós-positivismo.

6. CONCLUSÃO

O Pós-positivismo surgiu após a 2ª Guerra Mundial, em contraposição ao Positivismo, até então dominante, sendo que este foi utilizado para dar suporte a governos autoritários, como o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, que em “nome da lei” cometeram atrocidades, apartando-se de princípios éticos e morais.

O Pós-positivismo buscou aproximar a Ética e valores sociais ao Direito, não deixando-os se apartarem. Trouxe os princípios para uma hierarquia acima das regras. Em grande medida, a efetivação desta alteração hierárquica aconteceu com a própria positivização dos princípios, através de sua inclusão nas Constituições de diversos países. No Brasil, tal movimento chegou fortemente através da Constituição de 1988, repleta de princípios que devem nortear não apenas o Direito, mas toda nossa Sociedade, em especial ante a ineficiência do Poder Legislativo em produzir leis que acompanhem a evolução desta nossa Sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e

à privacidade na relação de emprego. **Revista LTr**. São Paulo, v. 73, n. 01, p. 97-103, jan.2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista do Direito Administrativo-RDA**. Rio de Janeiro, n. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**. São Paulo. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/43852>. Acesso em 21.07.2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A solidariedade social e a contributividade como alicerces da previdência social dos servidores públicos civis. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande/RS, n. 36, 02.01.2007. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1629. Acesso em 23.07.2010.

FRANCO, José Alexandre. A Justiça de Rawls e o Pós-positivismo. **Revista Eletrônica de Direito Dr. Romeu Vianna**. Juiz de Fora/MG, n. 2, abr.2005. Disponível em http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/down.asp?url=doc/art_20001.pdf. Acesso em 25.07.2007.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A constitucionalização dos direitos trabalhistas: novo modelo de normatividade? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 29, p. 39-56, jan/2007-A.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Princípios - marcos de resistência. **Revista LTr**. São Paulo, v. 71, n. 01, p. 46-55, jan.2007-B.

GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, n. 05, p. 563-573, maio 2006.

GIORDANI, Francisco Alberto da Mota Peixoto. O princípio da proporcionalidade e a penhora de salário: algumas outras considerações. **Revista LTr**. São Paulo, v. 71, n. 02, p. 154-161, fev. 2007.

LEITE, George Salomão, LEITE, Glauco Salomão. **A abertura da constituição em face dos princípios constitucionais**. Faculdades Integradas do Recife. Recife. Disponível em www.arquivos.fir.br/disciplinas/001CON2_abertura_da_constituicao.pdf. Acesso em 25.07.2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos jurídicos do Brasil contemporâneo. O Pós-positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um constitucionalismo de transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 6, jun./jul./ago.2006. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 24.09.2010.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **Redução de vantagens trabalhistas como mecanismo de combate ao desemprego**. PUC. Poços de Caldas/MG. Disponível em www.pucpcaldas.br/graduacao/administracao/nupepu/online/vol3/Vol3-Numero2-art2.pdf. Acesso em 22.07.2007.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**. Teresina/PI. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824. Acesso em 22.07.2010.

* Especialista em Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Previdenciário. Servidor do TRT da 15ª Região há 15 anos. É também Engenheiro e Mestre pela EESC/USP, além de Técnico em Contabilidade.

** Acadêmica de Direito - UNICEP; integrante do grupo de estudos Direito e Educação da UFSCar.

*** Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos/FADISC, Mestre em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pelo Centro Universitário de Araraquara/UNIARA e Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos PPG-POL/UFSCar. Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado e Ciência Política. Atualmente ocupa o cargo de coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Central Paulista - UNICEP